

JOGO DE BICHO – ADEQUAÇÃO SOCIAL - CONDUTA TÍPICA – AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO. (TJERJ. RECURSO Nº: 0387834-09.2013.8.19.0001. RELATOR: JUÍZA ROSE MARIE PIMENTEL MARTINS. JULGADO EM 30 DE JANEIRO DE 2015).

PRIMEIRA TURMA RECURSAL CRIMINAL

RELATÓRIO

Cuida-se de recurso que enfrenta sentença proferida pelo 1º Juizado Especial Criminal da Comarca da Capital – Botafogo - que julgou procedente a pretensão punitiva para condenar o acusado nas penas do art. 58, § 1º, alíneas “a”, “b” e “d” do Decreto-Lei n. 6.259/44, requerendo a absolvição por atipicidade imputada ao réu com base na Teoria da Adequação Social.

Denúncia às fls. 02A/02B.

Termo circunstanciado às fls. 02/04, aditado conforme fls. 16/17.

Auto de apreensão às fls. 05/06.

Relatório de Vida Progressiva e Boletim Individual às fls. 10/11 e fls. 22/23.

CAC às fls. 15.

Laudo de Material de Material do “Jogo do Bicho” às fls. 24.

Promoção ministerial, às fls. 28, aduzindo que o Autor do Fato não faz jus aos benefícios da Transação Penal e da Suspensão Condicional do Processo.

FAC às fls. 43/52.

Audiência de Instrução e Julgamento às fls. 53/54, ocasião em que foi recebida a denúncia, ouvidas duas testemunhas da denúncia (fls. 55), o acusado reservou-se ao direito de permanecer em silêncio e as partes ofereceram alegações finais: o Ministério Público, oralmente; e a Defesa por escrito (fls. 57/59).

Sentença condenatória proferida às fls. 61/64.

Recurso à fl. 74 e razões às fls. 75/77, requerendo a absolvição por atipicidade da conduta, já que seria indubitável a aceitação social e inquestionável a tolerância das autoridades.

Contrarrazões do Ministério Público às fls. 80/81, no sentido de que seja conhecido o recurso e, no mérito, negado o provimento, confirmando-se a r. sentença recorrida.

Parecer de mérito do Ministério Público, em atuação nesta Turma Recursal, às fls. 83/86, pelo conhecimento e improvimento do apelo.

VOTO

De início, impende dizer que a sentença que julga procedente o pedido desafia recurso de apelação, conforme dispõe o art. 82 da Lei 9099/95, e não recurso inominado.

Todavia, em que pese o recurso aqui interposto tenha sido o inominado, não é o caso de não conhecê-lo, porquanto, observado o princípio da fungibilidade dos recursos, possível recebê-lo como recurso de apelação.

Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço do recurso de apelação.

No mérito, a alegação da atipicidade imputada ao réu com base na Teoria da Adequação Social da conduta ilícita não encontra acolhida no Direito Penal Brasileiro, ou seja, o fato de que muitos descumprem a lei não a torna ineficaz, nem mesmo seu descumprimento reiterado. Somente lei nova tem o condão de revogar outra anterior, conforme reza o artigo 2º do Decreto-Lei nº 4.657/42.

A prova é segura e apta a fundamentar o decreto condenatório. A materialidade do crime resta sobejamente comprovada mediante o Laudo de Material de Jogo às fls. 24.

Por outro lado, o depoimento colhido tanto em sede policial quanto em Juízo, sob o crivo do contraditório (fls. 55), é vigoroso em demonstrar a autoria delitiva.

A testemunha A. G. S., policial civil, em depoimento gravado através de sistema audiovisual, cuja mídia encontra-se às fls. 55, relata que: “se recorda dos fatos, que os mesmos são verdadeiros e que reconhece o acusado; o acusado estava sentando fazendo anotações; que apreendeu material relacionado à contravenção; que acredita ter detido o acusado em outras oportunidades.”

A testemunha P. S. A., policial civil, em depoimento gravado através de sistema audiovisual, cuja mídia encontra-se às fls. 55, afirma que: se recorda dos fatos, que os mesmos são verdadeiros e que reconhece o acusado; por determinação da Autoridade Policial, realizou diligências na circunscrição da 10ª Delegacia Policial, em busca de pessoas que estivessem realizando a prática do “jogo do bicho”; caminhando pela Praia de Botafogo, encontrou o acusado com material contravencional e realizou a condução do mesmo até a Delegacia.

De sorte que, merece ser confirmada a decisão de fls. 61/64 por seus próprios fundamentos, aos quais me reporto, em consonância com recente decisão do Plenário Virtual do Supremo Tribunal Federal que reconheceu a repercussão geral do tema contido no RE 635729, reafirmando a jurisprudência da referida Corte no seguinte sentido:

EMENTA Juizado especial. Parágrafo 5º do art. 82 da Lei nº 9.099/95. Ausência de fundamentação. Artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal. Não ocorrência. Possibilidade de o colégio recursal fazer remissão aos fundamentos adotados na sentença. Jurisprudência pacificada na Corte. Matéria com repercussão geral. Reafirmação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. (RE 635729 RG / SP - SÃO PAULO, REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO, Relator Min. Dias Toffoli, Julgamento: 30/06/2011)

Pelo exposto, voto no sentido de conhecer e negar provimento ao recurso.

Rio de Janeiro, 30 de janeiro de 2015.

ROSE MARIE PIMENTEL MARTINS

JUÍZA RELATORA

APELAÇÃO. JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL. COMPETÊNCIA DO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL. IMPOSSIBILIDADE DA UNIDADE DE JULGAMENTO. ART. 82 DO C.P.P. CONEXÃO E CONTINÊNCIA. PRECLUSA LÓGICA DA MATÉRIA. ARGUIÇÃO INTEMPESTIVA. REUNIÃO DE PROCESSOS APÓS A PROLAÇÃO E SENTENÇA. IMPOSSIBILIDADE. SUMULA 235 STJ. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. AUSÊNCIA DE INTERROGATÓRIO DE RÉU REVEL NÃO PODE SE CONSTITUIR EM CERCEAMENTO DE DEFESA. DISPENSADA TESTEMUNHA PELA PRÓPRIA DEFESA, NÃO PODE ESTA, DEPOIS, ARGUIR CERCEAMENTO DE DEFESA. PROVA COESA. SUMULA 70 DO TJRJ. FAVORECIMENTO PESSOAL. ART. 348 C.P. CRIME FORMAL. INDEPENDENTE DE RESULTADO. FIXAÇÃO DA PENA BASE NO MÍNIMO LEGAL. PENA DE MULTA SUBSTITUTIVA. CONDENAÇÃO. (TJERJ. RECURSO Nº: 0446295-42.2011.8.19.0001. RELATORA: JUÍZA CLÁUDIA MÁRCIA GONÇALVES VIDAL. JULGADO EM 12 DE DEZEMBRO DE 2014).

SEGUNDA TURMA RECURSAL CRIMINAL

VOTO

1. Presentes os requisitos de admissibilidade do recurso.

Tempestivo o recurso, legítima a parte recorrente, sendo, igualmente, adequada a via, para a reapreciação do *meritum* recursal.

DA COMPETÊNCIA

2. Arguida a **incompetência do Juizado Especial Criminal** – tão somente, em sede de Apelação - sob o argumento da figura da continência por cumulação subjetiva, **imperava observar que ambas as matérias afeitas à questão da competência territorial deveriam ter sido arguidas** – porque relativa - **antes da prolação da sentença**, ante o limite temporal estabelecido pelo art. 82 do C.P. Penal.¹

¹ Art. 82 - Se, não obstante a conexão ou continência, forem instaurados processos diferentes, a autoridade de

Causas modificadores da competência – conexão e continência -, têm as citadas figuras sua razão de ser na possibilidade da instrução simultânea que aproveita a todos os Réu, e, por conseguinte, a uma unidade de julgamento.

Reúnem-se os processos, tão somente, **com o fim de possibilitar a harmonia dos julgamentos que podem** – analisados por juízes diversos – **produzir decisões discrepantes.**

Injustificada o reconhecimento nesta fase.

PROLATADA SENTENÇA pelo juízo da 39ª Vara Criminal, **ANTES MESMO DO RECEBIMENTO DA PRESENTE DENÚNCIA** – em 25.07.12 -, **não se vislumbra razão para o reconhecimento de eventual nulidade a justificar eventual desconstituição da r. sentença.**²

Primeiro porque já **não há como reunir os processos na mesma fase.** Entendimento inclusive sumulado pelo STJ (Sumula 235: **“A conexão não determina a reunião dos processos, se um deles já foi julgado”**). Lê-se igualmente: “continência”.

Segundo, **porque a pena final** no presente, por ter sido substituída por multa, **revela-se ainda mais benéfica que a prestação pecuniária reconhecida em relação aos demais corréus,** quando da substituição, disposta

jurisdição prevalente deverá avocar os processos que corram perante os outros juízes, **salvo se já estiverem com sentença definitiva.** Neste caso, a unidade dos processos só se dará, ulteriormente, para o efeito de soma ou de unificação das penas.

² Trata-se de recurso ordinário em habeas corpus, com pedido de medida liminar, interposto contra decisão denegatória do writ constitucional que, emanada do E. Superior Tribunal de Justiça, acha-se consubstanciada em acórdão assim do: HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CONEXÃO. ART. 82 DO CPP. **REUNIÃO DE PROCESSOS APÓS A PROLAÇÃO DE SENTENÇA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 235 DO STJ. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO.** 1. A providência de reunião dos processos, em virtude de conexão, sofre limitação no que tange à fase processual em que se encontram os feitos conexos, não podendo alcançar os processos já sentenciados, de acordo com o que preceitua o art. 82 do CPP. 2. Apesar de constar do referido dispositivo o termo “sentença definitiva”, **doutrina e jurisprudência são uníssonas em afirmar que basta, nessa hipótese, a prolação de sentença, ainda que pendente o trânsito em julgado.** 3. Nesse sentido, o enunciado da Súmula 235 deste Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual **“a conexão não determina a reunião dos processos, se um deles já foi julgado”**. 4. No caso, levando em conta a diferença de fases em que se encontram os processos, notadamente o fato de já terem sido sentenciados, torna-se **inviável sua reunião em um único feito, sob pena de ofensa ao dispositivo legal e enunciado sumular referidos.** 5. Ademais, não há prejuízo no que diz respeito à imposição das penas, pois é certo que o Juízo das Execuções poderá proceder à sua unificação, vindo o paciente a ser beneficiado, se for o caso, com o reconhecimento da continuidade delitiva. 6. Ordem denegada. (HC 216.887/SP, Rel. Min. OG FERNANDES grifei)(....) RHC 116198 DF. 17.12.12.Ministro CELSO DE MELLO.

no art. 44 do Código de Processo Penal.

Rejeito a preliminar de incompetência.

DA INEXISTÊNCIA DAS NULIDADES

3. Regularmente citado **e intimado para a Audiência de Instrução e Julgamento** – posteriormente, desmembrada – restou o Réu **AUSENTE, SENDO-LHE DECRETADA A REVELIA.** (fl.294)

Designada nova data para **INTERROGATÓRIO**, o Réu **DEIXOU NOVAMENTE DE COMPARECER**, não sendo inclusive, localizado nos endereços fornecidos. (fl.316,324,338,353),

Em Audiência de Instrução, **DISPENSOU A DEFESA A OITVA DAS DEMAIS TESTEMUNHAS DE DEFESA, NÃO PODENDO AGORA SE BENEFICIAR DE SUA PRÓPRIA DESISTÊNCIA SOB O ARGUMENTO DE QUE SE VERIFICA CERCEADO EM SUA DEFESA** porque não foi ouvida a testemunha dispensada (F. V.). (fl.294) E tudo **porque a testemunha ia atestar o que jamais foi atestado** ...uma “rendição”....o que evidentemente poderia ter outras formas de ser provado.

Entendo **não ter ocorrido cerceamento de defesa a justificar o reconhecimento da violação ao art. 81 da Lei nº9.099/95** e, ainda, ao art. 5º, inc. LV, da Constituição da República,

Rejeito ambas as preliminares arguidas.

DA PROVA

4. Perfeita a análise da prova.

Evidente que não estava o Réu no local com o fim de promover um ato de rendição de um dos traficantes mais conhecidos do Rio de Janeiro, o Nem.

Felizmente, ainda **existem profissionais sérios que dedicados a suas carreiras que não se corrompem e que mostram a importância de uma Polícia Federal independente e de uma Polícia Militar digna de elogios.**

Foragidos da Justiça não se rendem à Delegados.

Foragidos são capturados !!!

Prisões são decretadas por Juízes.

E só por estes podem ser revogadas.

Então, que Delegado da Polícia Civil teria poderes de negociar “rendição” com advogados? E sem nenhuma participação do Chefe de Polícia? Ou, por fim, do próprio Ministério Público, titular das ações penais? Estariam a “garantir” o quê??? Dois simples policiais civis que poderiam ter ido buscar o condenado....se deslocaram para o local....porque ia haver uma rendição....

Fere a inteligência do homem comum, ouvir isso.

Clara a prova no sentido de que procurou **o Réu ajudar o traficante em sua fuga, do contrário, traria este sentado no banco de trás do veículo que dirigia e, não, no porta mala.**

E o mais triste é ouvir que, **querendo se valer de uma condição diplomática** – de Cônsul –, **logo se opôs à revista do veículo, onde estaria o traficante.** Ora, ninguém resiste à prisão se está se rendendo...

Por que não se entregou ?

E ninguém vai se render levando UMA BOLSA COM GRANDE QUANTIDADE DE DINHEIRO NACIONAL...

E quem quer a rendição não oferece dinheiro, como **já reconhecido** pelo juízo da 39ª Vara Criminal, **justo aos policiais militares que faziam um cerco ao veículo...**

Evidente que NEM empreendia fuga.Conclusão do próprio corréu Luiz Carlos (fl.41) quando prestou declarações perante a Polícia Federal. E que agiu o Réu, no auxílio do citado traficante, conduzindo-o no porta mala para que passasse pelo cerco policial.

Incontestável o auxílio prestado.

Coesa a prova. Não há como crer que tivessem os policiais militares e federais agido com exagero a corroborar eventual suspeita de uma per-

seguição pessoal à pessoa do Réu.³ Do contrário, teriam todos afirmado a concorrência do Réu para o crime de corrupção. Certo é que **não há um único testemunho a desconstituir a firmeza com que as testemunhas nar-ram** – seja na fase inquisitorial, seja em juízo – o ocorrido.

Em verdade, não há como afastar a presunção de que estejam afirmando a verdade.⁴ Entendimento consolidado, inclusive, na Súmula 70 do T.J.R.J.

Autoriza a prova produzida a condenação.

DA CONSUMAÇÃO DO CRIME

5. Evidente, ainda, que se aceita a argumentação de que o carro seria de uma diplomata e não realizada a revista teria sido um sucesso a fuga de NEM.

Aliás, **o veículo só teve a mala aberta depois da intervenção da polícia federal e porque se formou um cerco da própria polícia militar** a evitar que policiais civis intervissem na ocorrência.

Ora, houve efetivo risco de lesão.

5.a. Prescinde a norma do efetivo resultado na descrição do tipo, limitando-se a exigir que o agente “auxilie a subtrair-se” à ação de autoridade pública.

³ “O valor do depoimento testemunhal de servidores policiais - especialmente quando prestado em juízo, sob a garantia do contraditório - reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-lo pelo só fato de emanar de agentes estatais, incumbidos, por dever de ofício, da repressão penal - O depoimento testemunhal do agente policial somente não terá valor, quando se evidenciar que esse servidor do Estado, por revelar interesse particular na investigação penal, age facciosamente ou quando se demonstrar tal como ocorre com as demais testemunhas que as suas declarações não encontrem suporte e nem se harmonizem com outros elementos probatórios idôneos. Doutrina e Jurisprudência.(...)” (STF; HC -73518/SP; 1ª T.; Rel. Min. Celso de Mello; DJ 18/10/96; j. 26/03/96); “A prova testemunhal obtida por depoimento de agente policial não se desclassifica tão-só pela sua condição profissional, na suposição de que tende a demonstrar a validade do trabalho realizado; é preciso evidenciar que ele tenha interesse particular na investigação ou, tal como ocorre com as demais testemunhas, que suas declarações não se harmonizem com outras provas idôneas. Precedente. (...)” (STF; HC-74522/AC; 2ª T.; Rel. Min. Mauricio Correa; DJ 13/12/96; j. 19/11/96).

⁴ “É idônea a prova testemunhal colhida no auto de prisão em flagrante e reafirmada em Juízo, com plena observância do contraditório, mesmo constituída apenas por depoimentos de policiais que realizaram o flagrante. (...) habeas-corpus denegado” (STJ; HC 9314/RJ; Rel. Min. Vicente Leal; 6ª T.; DJ 09/08/99; j. 22/06/1999).”

A verdade é que se condicionasse a Lei a consumação do crime ao sucesso da empreitada criminosa, torna-se-ia impossível a repreensão do favorecimento, **na medida em que bem executada uma fuga, nem rastro deixaria esta de seus auxiliares.**

O objeto jurídico protegido é a Administração da Justiça **já afetada com a ação daquele que dificulta a sua ação** por prestar auxílio a criminoso.

É como nos ensina Maggiore **“O momento consumativo verifica-se independentemente da consecção do intento”**. (in Diritto Penale, p.295; Anolisei Manuale, p.727)

E quem disse que no primeiro momento – quando da abordagem da polícia militar – **não se logrou êxito, ainda, que momentaneamente,** à ação da autoridade?

O auto só foi aberto com a chegada da Polícia Federal.

Porque até então o veículo estava sendo preservado.

5.b. **Estabelece, igualmente, a norma que o auxílio se dê à Autor de Crime** – nomenclatura, igualmente utilizada no JECRIM – **circunstância que dispensa a existência de sentença penal condenatória transitada em julgado.**

A questão é que a Doutrina só se preocupa em saber se o crime já se aperfeiçoou o não, **com o fim de estabelecer parâmetros para classificar a conduta como crime autônomo** (de favorecimento pessoal) **ou identificar a ação de um partícipe.** Do contrário, bastaria ter consignado em seu texto que o auxílio prestado teria que ser dado a Réu condenado a pena de reclusão. A lei não se utilizou de tais palavras.

Evidente que **se trata de referência que dispensa a existência de sentença condenatória irrecorrível** em desfavor daquele que é auxiliado.

Ora, então, não há favorecimento pessoal daquele que se encontra sujeito a medida cautelar prisional, por exemplo?

Não se está a praticar crime contra a Administração da Justiça aquele que auxilia na fuga um Réu que apenas teve sua prisão preventiva decretada?

“Nem se exige que o criminoso esteja sendo perseguido” (in Heleno Cláudio Fragoso, Direito Penal, p.1040)

A questão é que “a sentença penal condenatória” – apontado por Guilherme Nucci como “adendo” do tipo – **não está descrita no tipo e fere a própria mens legis, razão pela qual entendo que não fere**, por não haver prova de ter sido o Réu condenado antes do fato, **o Princípio da Legalidade Penal ou Reserva Penal disposto no art. 1º do Código Penal e art. 5º, inc. XXXIX da Constituição da República.**

Entendo presentes os requisitos do tipo.

De qualquer forma, **uma simples consulta ao Sistema de Consultas Processuais dos Tribunal de Justiça que é de conhecimento público**, faz aparecer os inúmeros processos a que o Réu responde e onde figura como já condenado.

DA PENA

6. **Fixada a pena privativa de liberdade no mínimo legal** e como bem salientou a r. sentença, assim, fixada apenas para manter a paridade com a pena dos corréus condenados perante o juízo da 39ª Vara Criminal, na medida em que as **circunstâncias do crime e o objeto do favorecimento pessoal** por si só justificariam a elevação da pena.

DA PENA ALTERNATIVA

7. **Eleita a pena de “MULTA” substitutiva à pena privativa de liberdade** - em que pese não ter sido empregada a terminologia dos dias-multa e que para guardar correspondência ao mínimo legal a quantidade de dias-multa deveria ter sido fixada igualmente no mínimo legal, ou seja, de 10 dias-multa - **pode-se concluir que se 07 salários mínimos corresponderam ao mínimo legal, um dia-multa corresponderia a 1,4 do salário mínimo, razão pela qual não há que ser feito nenhum reparo.**

DA PENA DE MULTA ORIGINÁRIA DO TIPO

7.a. Em que pese a pena de multa originária do tipo – 10 dias-multa - **ter tido o valor do dia multa determinado “pelo mesmo fundamento” em**

um salário mínimo - e ser o dia-multa inferior ao estabelecido no cálculo anterior – **deixo de alterar a minguagem de recurso do parquet.**

DA CONCLUSÃO

8. **Voto** no sentido de conhecer do recurso, e, no mérito, **negar-lhe provimento.**

Rio de Janeiro, 12 de dezembro de 2014.

CLÁUDIA MÁRCIA GONÇALVES VIDAL
JUÍZA DE DIREITO

APELAÇÃO. PENAL. CONTRAVENÇÃO. JOGO DO BICHO (ART. 58 DO DECRETO-LEI 6.259/44). FATO TÍPICO. PROVA SUBSTANCIAL E INSUSPEITA A RESPEITO. PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL. INAPLICABILIDADE. CONDENAÇÃO MANTIDA. DOSIMETRIA. CORREÇÃO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. APELO PARCIALMENTE PROVIDO. (TJERJ. RECURSO Nº: 0033261-67.2013.8.19.0204. RELATOR: JD. CARLOS AUGUSTO BORGES. JULGADO EM 12 DE DEZEMBRO DE 2014).

SEGUNDA TURMA RECURSAL CRIMINAL

Aquele que se encontra em conhecido ponto de apontamentos da loteria clandestina e de posse de materiais apropriados à prática do “jogo do bicho”, realiza a conduta típica da contravenção prevista no artigo 58 do Decreto-Lei nº 6259/44.

Fato incontroverso e sobejamente demonstrado no corrimão seguro dos testemunhos dos policiais civis responsáveis pela detenção do apontador e apreensão dos materiais, sobre os quais nada se pode inquirar.

O princípio da adequação social, segundo o qual o direito penal somente tipifica condutas que têm certa relevância social, não pode ser usado como neutralizador, *in genere*, da norma penal. O dispositivo contravenucional proibitivo da loteria do “jogo do bicho” permanece em pleno vigor, não podendo o Poder Judiciário, sob o pretexto de inobservância ao princípio da adequação social negar-lhe a tipicidade, no que estaria atuando como legislador positivo, em ofensa ao princípio da separação dos poderes.

Precedentes na alta Corte Judiciária: STJ - REsp. n. 25.115-5/RO, Ministro EDSON VIDIGAL; REsp. n. 54.716/PR, Ministro ASSIS TOLEDO; REsp. n. 127.711/RJ, Ministro FLAQUER SCARTEZZINI; REsp. n. 215153/SP, Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA.

O descumprimento das condições da suspensão condicional do processo noutro procedimento por igual infração penal, autoriza a revogação do benefício e impede que seja novamente concedido, mas não serve de

fundamento para a majoração da pena-base e nem justifica vedar ao infrator a substituição da pena privativa de liberdade, pois não há como serem considerados maus antecedentes e má conduta social a existência de anotações na folha penal, sem condenação e trânsito em julgado, ainda que tenha o Juiz Sentenciante se pautado em prolatar sentença conjunta por fatos análogos.

Apelo a que se dá parcial provimento.

ACÓRDÃO

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal no. 0033261-67.2013.8.19.0204, em que é apelante **SÉRGIO RICARDO DA SILVA FIDELIS** e apelado o **MINISTÉRIO PÚBLICO**:

ACORDAM os Juízes que integram a **SEGUNDA TURMA RECURSAL CRIMINAL** do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, na sessão de julgamento realizada em 26 de setembro de 2014, a unanimidade de votos, nos termos do voto do Relator, parte integrante deste Acórdão, em conhecer do recurso, e dar-lhe parcial provimento, para o fim de reduzir as penas para 4 (quatro) meses de prisão simples, no regime aberto, e 10 (dez) dias-multa, em seu valor unitário mínimo legal, alterar a substituição da pena privativa de liberdade pela pena de multa, e substituir a pena privativa de liberdade por pena de multa de também 10 (dez) dias-multa, em seu valor unitário mínimo, ficando este Relator vencido nesse ponto, por entender que é vedada a cumulação de penas de multa, conforme a Súmula n. 171 do Superior Tribunal de Justiça.

Rio de Janeiro, 26 de setembro de 2014

JD. CARLOS AUGUSTO BORGES

Relator

VOTO DO RELATOR

No XVII Juizado Especial Criminal da Comarca da Capital, o Ministério Público ofereceu denúncia contra X, imputando-lhe a prática do injusto capitulado no artigo 58 do Decreto-Lei nº 3.688/41, porque, segundo

a peça denunciária de fs. 02/02-A, na data e no local nela referidos, estava na posse e guarda de materiais relativos à loteria denominada de jogo do bicho, contribuindo para a realização desse jogo ilegal.

Auto de Apreensão às fs. 04.

A folha penal foi acostada às fs. 12/21 e a certidão cartorária às fs. 22/23.

O Laudo de Exame de Descrição de Material foi juntado às fs. 24.

Houve recusa motivada do Ministério Público no oferecimento de proposta de transação penal e de suspensão condicional do processo (fs. 26).

Audiência de instrução e julgamento realizada conforme fs. 49/50, oportunidade em que a denúncia foi recebida, foram ouvidas as três testemunhas arroladas na denúncia, e interrogado o autor do fato, que se socorreu da prerrogativa de permanecer calado.

Sobreveio a sentença de fs. 59/63, a qual, assentando a existência de provas suficientes da autoria e materialidade da infração de prisão simples, no regime aberto, e de 20 (vinte) dias-multa, à razão de metade do salário mínimo vigente, negando-se-lhe a substituição e suspensão da pena privativa de liberdade.

Inconformada, a defesa ofertou o recurso de apelação de fs. 66/72, no qual, em síntese, argumenta que o autor do fato faz jus a suspensão condicional do processo e a suspensão da pena que lhe foram negados, e sustenta, no mérito, pela aplicação do princípio da adequação social, que retira da sua conduta qualquer ilicitude, pugnando pela reforma da sentença condenatória.

O Ministério Público junto ao Juizado Especial Criminal posicionou-se pelo desprovimento do apelo (fs. 75/82) e no idêntico sentido o parecer da nobre Promotora de Justiça junto a esta Turma do Recursal Criminal, Dr^a. CARLA RODRIGUES ARAUJO DE CASTRO (fs. 86/90).

É o breve relatório.

PASSO AO VOTO.

O presente lance recursal, pautado na ausência de fundamento para a vedação à suspensão condicional do processo, à substituição da pena

privativa de liberdade e à suspensão condicional da pena, e na atipicidade da conduta, alveja a sentença que condenou o acusado SÉRGIO RICARDO DA SILVA FIDELIS às penas de 8 (oito) meses de prisão simples, no regime aberto, sem substituição ou suspensão concedida, e de 20 (vinte) dias-multa, à razão de metade do salário mínimo, por infração ao disposto no artigo 58 do Decreto-Lei n. 3688/41, porque contribuiu para a realização da loteria denominada de jogo do bicho.

Em primeiro lugar, cabe assentar o equívoco no enquadramento da conduta do autor do fato no preção do artigo 58 do Decreto-Lei n. 3688/41, uma vez que a prática da loteria do jogo do bicho configura a infração do artigo 58 do Decreto-Lei nº 6.259/44, cuja pena mínima é de 6 (seis) meses de prisão simples, mais gravosa do que a pena prevista na Lei de Contravenções Penais, o que esbarra aqui no princípio do ***non reformatio in pejus***.

De outra, não há qualquer nulidade decorrente da negativa da suspensão condicional do processo, posto que o Apelante já teve esse benefício noutra processo pela mesma infração penal, que veio a ser regularmente revogado pelo descumprimento das condições.

Pois bem, conforme se depreende da prova, o acusado se encontrava na rua Figueiredo nº. 1.452, realizando apontamentos do “jogo do bicho” quando foi surpreendido por policiais civis.

Com o acusado, ora Apelante, foram apreendidos materiais próprios para a prática contravencional, conforme atesta o Laudo de Exame em Material de fs. 24.

Essa dinâmica do fato restou sobejamente retratada no corrimão seguro dos testemunhos dos policiais civis que participaram da operação, sobre os quais nada se pode inquirar.

Com efeito, os depoimentos uníssonos e convergentes de FRANCISCO ORLANDO MOTA DE ARAUJO JUNIOR (fs. 51), CLEIBER SALES DE PAULA (fs. 52) e ANTONIO GUEDES DOS SANTOS JUNIOR (fs. 53), não deixam dúvida a respeito da prática contravencional e sobre a posse em poder do acusado dos materiais apreendidos e próprios daquela loteria clandestina.

Os relatos dos policiais são congruentes e harmoniosos, no que constitui prova respeitável e fidedigna, acreditada para lastrear uma decisão condenatória.

Aliás, diga-se de passagem, é do seio jurisprudencial o entendimento de que o testemunho policial é, em princípio, válido como qualquer outro, sujeito aos exames críticos do Magistrado como o faria com qualquer outra testemunha.

Por sua vez, o Apelante, como lhe competia, não produziu prova alguma tendente ao desmerecimento da força da prova acusatória. Ficou no dito pelo não dito.

Portanto, do conjunto probatório não sobreleva dúvida alguma sobre fato descrito na inicial acusatória.

Ora, aquele que se encontra em conhecido ponto de apontamentos da loteria clandestina e de posse de materiais apropriados à prática do “jogo do bicho” realiza a conduta típica da contravenção prevista no artigo 58 do Decreto-Lei nº 6259/44.

Verificada a exata e justa a categorização do infrator no pódio do artigo 58 do Decreto-Lei nº 6259/44, a questão cinge em se saber se cabe aplicação ao princípio da adequação social, a pretexto de estar tal loteria clandestina arraigada no costume popular, além do fato de o Poder Público ser o maior explorador dos jogos de azar.

Cabe a observação de que se trata de questão que é sempre levantada em defesa das infrações contravencionais do “jogo do bicho”, há muito enfrentadas e rejeitadas pelos Tribunais, inclusive pelas Turmas Recursais Criminais.

Pois bem, cumpre assentar que a tolerância à prática do “jogo do bicho” onde há, exclusivamente da força repressora, não significa que seja aceito pela sociedade. Continua a ferir a proibição legal a essa modalidade de jogo.

O princípio da adequação social, segundo o qual o direito penal somente tipifica condutas que têm certa relevância social, não pode ser usado como neutralizador, *in genere*, da norma penal.

A sua aplicação não importa em revogação de dispositivo de lei pelos costumes, solução sabidamente inadequada e imprópria, mas em verificar a tipicidade material, analisando o potencial de lesividade da conduta ao bem jurídico protegido pela lei penal.

A conduta clandestina e habitual de se manter e explorar a loteria do “jogo do bicho” afeta o bem jurídico de forma intolerável, não sendo aceita pela sociedade como adequada, pouco importando a tolerância policial.

E a circunstância de o Estado explorar diversas loterias, como é óbvio, não induz a legalidade do “jogo do bicho”, já que é vedado pela legislação em vigor.

Portanto, o dispositivo contravencional proibitivo da loteria do “jogo do bicho” permanece em pleno vigor, não podendo o Poder Judiciário, sob o pretexto de inobservância ao princípio da adequação social negar-lhe a tipicidade, no que estaria atuando como legislador positivo, em ofensa ao princípio da separação dos poderes.

Não pode o Poder Judiciário revogar de maneira anômala o preceito do artigo 58 do Decreto-Lei nº 6.259/44, sob pena de incorrer numa indevida legalização da loteria clandestina.

Afinal, o princípio da adequação social, *in casu*, é guardado apenas ao legislador, e não a este Julgador.

No mesmo diapasão desses fundamentos, a pacífica jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça, que se firma nos termos dos seguintes precedentes: REsp. n. 25.115-5/RO, Ministro EDSON VIDIGAL; REsp. n. 54.716/PR, Ministro ASSIS TOLEDO; REsp. n. 127.711/RJ, Ministro FLAQUER SCARTEZZINI; REsp. n. 215153/SP, Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA.

Destarte, afora o já referido equivocado enquadramento, nenhuma censura há em relação à condenação pela prática da contravenção do jogo do bicho, cabendo reparo apenas em relação à reprimenda fixada e a negativa da sua substituição.

A sentença recorrida fixou a pena-base pelo dobro do mínimo, justificando no fato de que a infração aqui cometida deu ensejo à revogação da suspensão concedida em processo por idêntica infração, estando ambas

sendo sentenciadas em conjunto. Com esse enredo, negou-se-lhe, também, a substituição da pena privativa de liberdade.

Ora, o descumprimento das condições da suspensão condicional do processo noutro procedimento por igual infração penal, autoriza a revogação do benefício e impede que seja novamente concedido, mas não serve de fundamento para a majoração da pena-base, e nem justifica vedar ao infrator a substituição da pena privativa de liberdade, pois não há como serem considerados maus antecedentes e má conduta social a existência de anotações na folha penal, sem condenação e trânsito em julgado, ainda que tenha o Juiz Sentenciante se pautado em prolatar sentença conjunta por fatos análogos.

Assim, afastadas tais variantes, as penas devem ser fixadas em seus mínimos legais, vale dizer, em 4 (quatro) meses de prisão simples, no regime aberto, e 10 (dez) dias-multa, em seu mínimo legal, entendendo a Turma ser mais favorável a substituição da pena privativa de liberdade por pena de multa, também em seus patamares mínimos 10 (dez) dias-multa, ficando vencido este Relator, neste particular, de que fixava a substituição na pena de prestação pecuniária, no valor de 1 (um) salário-mínimo, em benefício de entidade cadastrada e com destinação social, por entender que, já tendo sido apenado com pena de multa cumulativa, ficava vedada a substituição por nova pena de multa prevista no artigo 60, § 2º, do Código Penal, em que pese mais benéfica, consoante o recado contido na Súmula nº 171 do STJ.

Pelo vinco do exposto, alinhado em tais fundamentos de fato e de direito, conheço do recurso de apelação e dou-lhe parcial provimento, nos termos acima assinalados.

É como estou a votar.

Rio de Janeiro, 26 de setembro de 2014

CARLOS AUGUSTO BORGES

JUIZ RELATOR

APONTADOR DO JOGO DO BICHO. ART. 58 DA LEI DAS CONTRAVENÇÕES PENAIS. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. DESCUMPRIMENTO DE UMA DAS CONDIÇÕES IMPOSTAS. REVOGAÇÃO NÃO OPERADA DENTRO DO PRAZO DA SUSPENSÃO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE, COM FUNDAMENTO NO ARTIGO 89,§5º, DA LEI 9.099/95. CURSO REGULAR DO PROCESSO RETOMADO, COM PROLAÇÃO DE SENTENÇA CONDENATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. A SENTENÇA EXTINTIVA DE PUNIBILIDADE PELO DECURSO DO PRAZO DO SURSIS PROCESSUAL É MERAMENTE DECLARATÓRIA. INÉRCIA DO ESTADO NO MISTER DE FISCALIZAR O CUMPRIMENTO DAS PENALIDADES QUE NÃO PODE PREJUDICAR O RÉU. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NÃO PROVIDO E RECURSO DEFENSIVO PROVIDO PARA DECLARAR A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DO ACUSADO. (TJERJ. RECURSO Nº: 0029169-17.2013.8.19.0204. RELATORA: JUIZA CINTIA SANTARÉM CARDINALI. JULGADO EM 14 DE NOVEMBRO DE 2014).

SEGUNDA TURMA RECURSAL CRIMINAL

VOTO

Trata-se de apelações interpostas pelo Ministério Público (fls.111) e pelo réu (fls. 122), ambas objetivando a reforma da **sentença de fls. 105/110** que condenou o réu pela prática da contravenção penal capitulada no art. 58 da Lei das Contravenções Penais (denúncia de fls. 02/02-A – assentada da AIJ), à pena de 05 (cinco) meses de prisão simples e vinte dias-multa, à razão unitária de meio salário mínimo nacional, deixando de aplicar a substituição por restritivas de direitos, por reputar descabida essa medida diante dos antecedentes criminais do réu, ao qual foi, entretanto, deferida a suspensão condicional da pena.

Aduz o MP em suas razões (fls.112/114) o não cabimento da **suspensão condicional da pena**, tendo em vista que a FAC do réu apresenta 05 anotações, sendo quatro delas envolvendo a contravenção do jogo do bicho, sendo que já foi beneficiado pela transação penal e no curso da suspensão condicional do processo veio a praticar a mesma delitiva. Requer seja o recurso conhecido para reformar a sentença para afastar o sursis.

Em contrarrazões (fls.120/121) o réu aduz que houve a extinção da punibilidade, uma vez que a revogação da SCP (sursis processual) se deu após o período de prova e tal fato passou despercebido pelo MP na condição de fiscal da lei, requer não sejam acolhidas as pretensões da apelação do MP.

Já em suas razões de apelação (fls.123/127) o réu sustenta extinção da punibilidade, uma vez que consta às fls. 70 certidão cartorária da conta de que o réu cumpriu integralmente a SCP. Além disso, aduz que, na hipótese de condenação, não se pode impedir a substituição da pena de prisão alegando que o motivo impeditivo está no inciso III do art. 44 do CP, que tal fato seria ilógico pois até ao reincidente em crime doloso é permitida a substituição. Assim, requer a reforma da sentença do juízo “*a quo*”.

Às fls. 129 foi determinada a remessa dos recursos a este Conselho a quem cabe o juízo de admissibilidade, e a tempestividade foi certificada às fls. 128.

Em contrarrazões, o Ministério Público sustenta o não cabimento da SCP bem como o não cabimento da substituição da prisão por pena restritiva de direitos e da aplicação do art.11 da LCP, requerendo seja improvido o recurso defensivo (fls. 130/136).

O Ministério Público, em autuação no Conselho Recursal, manifestou-se pelo conhecimento dos recursos para que se dê **provimento** apenas ao apelo do Ministério Público, tendo em vista que o recorrente é praticamente contumaz na mesma prática contravencional (fls. 143/144).

É o breve relatório. Passo ao voto.

Ambos os recursos são tempestivos e adequados às respectivas impugnações pretendidas, reunindo, portanto, as condições de admissibilidade que autorizam sejam conhecidos.

No mérito, a impugnação restringe-se a matéria processual, eis que o processo havia sido suspenso por **dois anos**, a partir de 08.03.2012 (fls. 22/23), tendo o denunciado cumprido integralmente as condições aventadas, pois compareceu em Juízo para justificar suas atividades e comprovar trabalho lícito no período indicado, tudo conforme certidão de fls.70 e planilha de fls.71.

O Ministério Público, entretanto, requereu a revogação desse benefício quando o mesmo já se encontrava integralmente cumprido e expirado o seu prazo, como se vê pela **tardia manifestação de fl. 81**, porque verificou que o acusado passou a responder a outro processo criminal por conduta delitiva análoga.

Tal requerimento foi acolhido pelo juízo de origem, que determinou o prosseguimento do feito, culminando na prolação de sentença condenatória, tudo em afronta à norma do §5º do art. 89 da Lei 9.099/95 que impõe, nessa hipótese, a extinção da punibilidade do acusado.

Com efeito, prevê o §3º do artigo 89 da Lei 9.099/95 que o benefício do sursis processual será revogado se o beneficiário, **no curso do prazo**, vier a ser processado por outro crime. Entretanto, **depois de expirado o prazo desse período de prova, sem revogação**, caberá somente a extinção da punibilidade, pois a norma então aplicável passa a ser a do §5º desse dispositivo legal que impõe ao Juiz que assim proceda, **declarando** a extinção da punibilidade.

O comando que é dado ao Juiz de revogar esse benefício deve ser exercido no prazo do benefício se ocorrer alguma das situações previstas no mencionado §3º, cabendo ao Ministério Público, no desempenho de seu mister, fiscalizar e acompanhar o adequado cumprimento desse sursis, requerendo durante esse prazo as medidas que entender cabíveis.

Depois do transcurso integral do prazo acordado, sem que tenha o Ministério Público verificado o eventual descumprimento das respectivas condições, cessada está a faculdade de revogação da suspensão, pelo que não resta ao caso *sub exame* solução diversa, senão a de extinguir a punibilidade da infração penal diante da incidência da norma do § 5º acima mencionada.

Como já se assentou, não se pode agravar a situação do réu diante da inércia do Estado em revogar o benefício da Suspensão Condicional do Processo (APL 0388498-16.2008.8.19.0001 – Des. Denise Vaccari Paes - PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL - Julgamento: 29/05/2012).

Ademais, “...vale lembrar que tanto na extinção da suspensão processual quanto do livramento condicional, **as decisões são declaratórias**, confor-

me destacado pelo Min. Sepúlveda Pertence, da 1ª Turma do E. STF, no julgamento do HC 81879/SP: o retardamento da decisão, meramente declaratória, da extinção da pena, ainda quando devido à falta de ciência da condenação intercorrente -, não autoriza o Juiz da Execução a desconstituir o efeito anteriormente consumado do termo do prazo fatal do livramento (grifo nosso). Pelos motivos acima expostos **comunga-se do posicionamento já pacificado por este órgão fracionário, seguindo a compreensão do S.T.F. (informativo STJ nº 382 de 13/04/2005) de que transcorrido o período de prova sem que ocorra a revogação do benefício, há se reconhecer extinta a punibilidade nos termos do art. 89 § 5º da Lei 9099/1995.** Neste sentido Recursos em Sentido Estrito nºs 0006041-03.2006.8.19.0055, Rel. Des. JOSÉ ROBERTO LAGRANHA TÁVORA; e 0004533-97.2005.8.19.0203, Rel. Des. CAIRO ITALO FRANÇA DAVID...” (0001792-55.2010.8.19.0059 – APELAÇÃO - 1ª Ementa - DES. ELIZABETE ALVES DE AGUIAR - Julgamento: 12/03/2014 - OITAVA CÂMARA CRIMINAL).

Esse entendimento tem sido sufragado por vários outros órgãos fracionários do nosso Tribunal, como se vê, dentre tantos julgados, pelo teor das seguintes ementas:

HABEAS CORPUS. SURSIS PROCESSUAL. REVOGAÇÃO DA BENEFICÊNCIA APÓS O EXAURIMENTO DO PERÍODO DE PROVA. O PACIENTE FOI BENEFICIADO COM A SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO EM 26/07/2010. EM 02/09/2013, OU SEJA, ULTRAPASSADO O PERÍODO DE PROVA, O JUÍZO COATOR REVOGOU A SUSPENSÃO DO PROCESSO, POR ESTAR SENDO O PACIENTE PROCESSADO PELA PRÁTICA DE OUTRO CRIME. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. CONCESSÃO DA ORDEM Assiste razão ao impetrante. O art. 89, § 5º, da Lei 9.099/95 prevê expressamente que: “expirado o prazo sem revogação, o juiz declarará extinta a punibilidade”. Findo o período de prova sem decisão revogadora do benefício, deve ser declarada extinta a punibilidade do beneficiado, in casu, do paciente, uma vez que o período não se prorroga automaticamente. Não bastasse isso, importa afirmar que os fatos que ensejaram a revogação do benefício ocorreram depois de transposto o período de prova. Concessão da ordem, para determinar a extinção da punibilidade do paciente,

quanto ao delito descrito no art. 180, caput, do CP (0050497-62.2013.8.19.0000 - HABEAS CORPUS 1ª Ementa - DES. CLAUDIO TAVARES DE O. JUNIOR - Julgamento: 10/10/2013 - OITAVA CÂMARA CRIMINAL).

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. Artigo 155, caput, c/c artigo 14, II do Código Penal. Suspensão condicional do processo. Descumprimento de uma das condições impostas. Revogação não operada dentro do prazo da suspensão. Extinção da punibilidade, com fulcro no artigo 89, § 5º, da Lei 9.099/95. Pretensão à reforma da sentença, com a retomada do curso regular do processo. 1. A teor do § 5º, do artigo 89, da Lei 9.099/95, a expiração do prazo do sursis sem revogação, importa na extinção da punibilidade do crime imputado ao réu, em qualquer situação. 2. In casu, a ora recorrida iniciou o cumprimento do benefício, vindo a descumprir as condições de comparecer bimestralmente em Juízo, inicialmente justificando sua ausência, sendo prorrogado o período de cumprimento, mas, ainda assim, deixou de comparecer, sem qualquer justificativa, configurando hipótese de revogação facultativa da suspensão do processo, a qual, entretanto, não ocorreu dentro do prazo estabelecido para a suspensão, não mais cabendo intimá-la para prosseguir no seu cumprimento. 3. O artigo 89, § 4º, da Lei 9.099/95 prevê que a suspensão poderá ser revogada se o agente, no curso do prazo, descumprir qualquer das condições impostas. No entanto, se ultrapassado o prazo da suspensão, sem revogação do benefício, não mais caberá fazê-lo. 4. Efetivamente, a lei não exigiu qualquer requisito para a extinção da punibilidade, mas apenas o decurso do prazo da suspensão, sem revogação pelo Juízo, cumprindo ao Ministério Público, no exercício da sua função de fiscal da lei, acompanhar o andamento da suspensão e requerer a Juízo, as medidas que entender necessárias, porém dentro do prazo estipulado para o benefício. RECURSO DESPROVIDO. (0169354-40.2008.8.19.0001 - RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - 1ª Ementa - DES. KATIA JANGUTTA - Julgamento: 03/12/2013 - SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL).

“Recurso em Sentido Estrito. “Sursis” Processual. Descumprimento das obrigações. Decurso do prazo sem revogação. Extinção da Punibilidade. De acordo com a orientação doutrinária e jurisprudencial, expirado o prazo da suspensão condicional sem a devida revogação, nos termos do artigo 89, § 5º, da Lei nº 9.099/95, impõe-se decretar a extinção da punibilidade do agente, sem maiores indagações acerca do descumprimento das condições que lhe foram impostas. Observância dos Princípios básicos que regem a prescrição penal. **Inviável imputar ao agente a inércia ou ineficiência do Estado no mister de fiscalizar o cumprimento das penalidades.** Precedentes do STJ. RECURSO A QUE SE CONHECE E NEGA-SE PROVIMENTO.” (Recurso em Sentido Estrito 0119288-90.2007.8.19.0001, Relator Des. Antônio Carlos Bitencourt, Quinta Câmara Criminal, Julgam. 10/10/2013).

HABEAS CORPUS. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. ALEGAÇÃO DE ILEGALIDADE DO DECISUM QUE REVOGOU A BENESSE APÓS O EXAURIMENTO DO PERÍODO DE PROVA. No dia 18/07/2005 o paciente foi beneficiado com a Suspensão Condicional do Processo, sendo certo em 28/02/2008 o juízo recebeu ofício do CTSAL dando conta do descumprimento de condição imposta quando da suspensão. Em 12 de julho de 2012, vale dizer, ultrapassado o período de prova, o magistrado revogou o benefício. O artigo 89, § 5º, da Lei 9.099/95 expressamente prevê que, “**expirado o prazo sem revogação, o juiz declarará extinta a punibilidade**”. Se descumprida alguma condição, deve o Estado cuidar para que a revogação ocorra antes de expirado o período de prova, sob pena de assim não procedendo ver soçobrar sua pretensão. Extinção da punibilidade que se impõe. Constrangimento ilegal clarividente. ORDEM CONHECIDA E CONCEDIDA (0023703-04.2013.8.19.0000 - HABEAS CORPUS - 1ª Ementa - DES. GILMAR AUGUSTO TEIXEIRA - Julgamento: 29/05/2013 - OITAVA CÂMARA CRIMINAL).

“RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. IRRESIGNAÇÃO MINISTERIAL QUANTO À DECLARAÇÃO DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE APÓS O DECURSO DO PRAZO DO BENEFÍCIO DA SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO – DESCUMPRIMENTO DA CLÁUSULA DE COMPARECIMENTO EM JUÍZO - DECISÃO DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE QUE SE DEU EM PRAZO SUPERIOR A 02 (DOIS ANOS) - CASSAÇÃO DO DECISUM PARA DETERMINAR O REGULAR PROCESSAMENTO DA AÇÃO PENAL - PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS – PROVIMENTO DO RECURSO.” (Recurso em Sentido Estrito 0015242-43.2013.8.19.0000, Relator Des. Antônio José Ferreira Carvalho, Segunda Câmara Criminal, Julgamento: 02/07/2013).

Evidente, pois, que a punibilidade do acusado está extinta e não havia fundamento para determinar o prosseguimento do processo.

Pelo exposto, voto pelo conhecimento de ambos os recursos, mas pelo **provimento** exclusivamente do **recurso defensivo**, para o fim de reformar a sentença recorrida e declarar extinta a punibilidade do réu, pelo cumprimento do sursis processual, na forma do §5º do art. 89 da Lei 9099/95, **negando-se provimento ao recurso do Ministério Público**.

Rio de Janeiro, 14 de novembro de 2014.

CINTIA SANTARÉM CARDINALI

JUÍZA RELATORA

APELAÇÃO. JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS. TRANSAÇÃO PENAL. CONDIÇÕES NÃO CUMPRIDAS. PROPOSITURA DA AÇÃO PENAL. POSSIBILIDADE. PRESENTES OS REQUISITOS SUBJETIVOS E OBJETIVOS PARA A SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. AUSÊNCIA DE PROPOSTA. FUNDAMENTO SEM RAZOABILIDADE. NULIDADE RECONHECIDA. ART. 28 DO C.P.P. PROVIDO, EM PARTE, O RECURSO. (TJERJ. RECURSO Nº: :0001853-58.8.19.0065. RELATORA: JUÍZA CLÁUDIA MÁRCIA GONÇALVES VIDAL. JULGADO EM 29 DE AGOSTO DE 2014).

SEGUNDA TURMA RECURSAL CRIMINAL

VOTO

1. **Tempestivo o recurso, legítima a parte recorrente, sendo, igualmente, adequada a via, para a apreciação do meritum recursal.**

Presentes os requisitos de sua admissibilidade.

DA PRELIMINAR DA AUSÊNCIA DE HOMOLOGAÇÃO DA TRANSAÇÃO PENAL

2. **Homologada ou não a Transação Penal, não produziria a decisão pretendia a *res iudicata*, a impedir a propositura da Ação Penal.**

Matéria objeto de decisão em plenário de julgamento de Recurso Extraordinário e em que se reconheceu REPERCUSSÃO GERAL¹.

¹ RE 602072 QO-RG / RS - RIO GRANDE DO SUL REPERCUSSÃO GERAL NA QUESTÃO DE ORDEM NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. CEZAR PELUSO Julgamento: 19/11/2009 EMENTA: AÇÃO PENAL. Juizados Especiais Criminais. Transação penal. Art. 76 da Lei nº 9.099/95. Condições não cumpridas. Propositura de ação penal. Possibilidade. Jurisprudência reafirmada. Repercussão geral reconhecida. Recurso extraordinário improvido. Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC. Não fere os preceitos constitucionais a propositura de ação penal em decorrência do não cumprimento das condições estabelecidas em transação penal. Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, reconheceu a existência de repercussão geral, reafirmou a jurisprudência da Corte acerca da possibilidade de propositura de ação penal quando descumpridas as cláusulas estabelecidas em transação penal (art. 76 da Lei nº 9.099/95) e negou provimento ao recurso. Votou o Presidente, Ministro Gilmar Mendes. Ausentes, justificadamente, o Senhor Ministro Eros Grau e, neste julgamento, o Senhor Ministro Carlos Britto. Plenário, 19.11.2009. - Acórdãos citados: HC 79572, HC 80802, HC 84976, HC 88785, RE 268319, RE 268320, RE 591068 QO. - Decisões monocráticas citadas: HC 86573, HC 86694 MC, RE 473041, RE 581201.

Reproduzo os termos do citado entendimento. E os inúmeros precedentes da citada decisão no STJ²:

STJ - RECURSO ESPECIAL REsp 755868 RJ 2005/0090755-9 (STJ)

Data de publicação: 11/12/2006

Ementa: RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. **TRANSAÇÃO PENAL.** LEI N.º 9.099/95. ACORDO **NÃO HOMOLOGADO.** DESCUMPRIMENTO. OFERECIMENTO DE DENÚNCIA. APLICAÇÃO DO ART. 66, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI N.º 9.099/95. 1. Admite-se o oferecimento de denúncia contra o autor do fato, quando **não** existir, na hipótese, sentença homologatória da **transação penal.** 2. Nos termos do art. 66, parágrafo único, da Lei n.º 9.099/95, os autos devem ser encaminhados para a Justiça Comum, caso **não** se encontre o acusado para ser citado. 3. Recurso especial conhecido e provido.

Encontrado em: LEI DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS E CRIMINAIS **TRANSAÇÃO PENAL NÃO HOMOLOGADA - OFERECIMENTO.**

STJ - RECURSO ESPECIAL REsp 755868 RJ 2005/0090755-9 (STJ)

Data de publicação: 11/12/2006

Ementa: RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. **TRANSAÇÃO PENAL.** LEI N.º 9.099/95. ACORDO **NÃO HOMOLOGADO.** DESCUMPRIMENTO. OFERECIMENTO DE DENÚNCIA. APLICAÇÃO DO ART. 66, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI N.º 9.099/95. 1. Admite-se o oferecimento de denúncia contra o autor do fato, quando **não** existir, na hipótese, sentença homologatória da transação penal. 2. Nos termos do art. 66, parágrafo único, da Lei n.º 9.099/95, os autos devem ser encaminhados para a Justiça Comum, caso **não** se encontre o acusado para ser citado. 3. Recurso especial conhecido e provido.

² Neste sentido, então, o STJ vem se posicionando a exemplo dos julgados no HC 188.959/DF – info. 485 (09.11.11) e no RHC 29.435/RJ (09.11.2011).

Encontrado em: LEI DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS E CRIMINAIS TRANSAÇÃO PENAL NÃO HOMOLOGADA – OFERECIMENTO.

Entendimento que incorporo para refutar a preliminar, ante o efeito vinculante gerado pelo julgamento da Repercussão Geral.

DA AUSÊNCIA DE PROPOSTA DE SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

3. Reconhecido como modelo de Justiça Criminal Restaurativa - adotado com o advento da Lei nº 9.099/95, em nosso ordenamento – pretende-se, com a Suspensão Condicional do Processo, conferir ao Réu a extinção da punibilidade, através do cumprimento de um período de prova, em que não poderá voltar a reincidir.

Cumprimento que se diferencia da Transação Penal por não exigir muito esforço físico e financeiro do Réu – mas primordialmente o comparecimento, mensal, em juízo -, não se pode olvidar de que por isso na prática, muitas vezes, se verifica mais benéfico ao Réu de baixa renda, e, com maior índice de aproveitamento.

Inúmeros são os processos, portanto, em que preferem os agentes a Suspensão Condicional do Processo à Transação Penal, ante o não condicionamento do cumprimento ao dispêndio de quantia em dinheiro.

No dia a dia do juizado, detecta-se isso.

Penso que é exatamente isso que se deu no processo.

O apelante **CUMPRIU PARTE DA TRANSAÇÃO PENAL.**

Está **CERTIFICADO** nos autos. (fl.80)

Está, ainda, CERTIFICADA nos autos, a dificuldade que passou para cumprir os seus termos, face a não localização do responsável pela Instituição indicada pelo juízo (fl.67v). Fato este verdadeiro, porque confirmado pela própria Central de Penas Alternativas- CPMA (fl.66)

Verifica-se, antes, as etapas registradas no processo, ao contrário do sustentado pelo Parquet, apenas, em contrarrazões – porque NADA FOI REGISTRADO EM AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO EM JULGAMENTO -, **que, seria, sim, adequada a suspensão do processo.**

Primeiro, porque se empenhou o Réu em cumprir PARTE DA TRANSAÇÃO PENAL. O que leva a crer que não tenha cumprimento a entrega das outras por motivos financeiros, mormente, porque foi, posteriormente, assistido pela Defensoria Pública.

Segundo, porque se AUSENTE a Audiência Preliminar, **onde estaria o fundamento legal para a não concessão da Suspensão Condicional do Processo???**

PRIMÁRIO, DE BONS ANTECEDENTES, presente à Audiência de Instrução e Julgamento, sendo a Denúncia oferecida pela prática de delito de pequeno potencial ofensivo, **NÃO VERIFICO FUNDAMENTO LEGAL PARA A NÃO CONCESSÃO da Suspensão Condicional do Processo.** É o que se extrai do art. 89, **caput**, da Lei nº 9.099/95.

Não se insere entre os impeditivos do benefício, o “não cumprimento” da Transação Penal ofertada, nem mesmo a sua recusa, a que SE ASSEMELHA o não cumprimento do que fora aceito.

Ora, **se ao Réu que já foi beneficiado com a Transação Penal, ou mesmo com a própria Suspensão Condicional do Processo, não há óbice a incidência de uma nova suspensão, que dirá ao Réu que, ao que parece, não teve condições financeiras de cumprir uma Transação Penal no mesmo processo em que esta se verifica.**³

E se a Transação Penal não pode figurar em desfavor do Réu (Súmula 444 do STJ) para a configuração do reconhecimento de culpa, na dosimetria da pena, que dirá o seu não cumprimento...

³ PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ART. 218 DO CP. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. RECUSA DO PARQUET EM OFERECÊ-LA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA. ART. 28 DO CPP.I - O Ministério Público ao não ofertar a suspensão condicional do processo, deve fundamentar adequadamente a sua recusa. II - Na hipótese dos autos, a negativa do benefício da suspensão condicional do processo está embasada em considerações genéricas e abstratas, destituídas de fundamentação concreta. Dessa forma, a recusa imotivada acarreta, por si só, ilegalidade sob o aspecto formal. Ordem concedida. (STJ, HC 85038, Min. Félix Fischer, DJ 25.02.2008):

E se a Transação Penal cumprida, depois de 5 anos, autoriza uma nova proposta, que dirá o Réu que não conseguiu, ao que parece, por razões financeiras cumpri-la na sua integralidade?

Nem se afirme que a hipótese se adequa a figura da “má” conduta social (fl.170) – como sustentou o parquet nas contrarrazões - medida em que o descumprimento da Transação Penal em nada se reflete em sua relação com a sociedade, mas, sim, com as suas ações no processo.⁴

Pontue-se que **todas as condições de julgamento devem ser aferidas à luz da contemporaneidade com o fato** em julgamento.

Desarrazoado o não oferecimento do benefício.

Entendo, portanto, ser a hipótese de ANULAR O PROCESSO, ante o evidente cerceamento de defesa.⁵

Entendo, igualmente, que deverá se PRESERVAR O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA, **porque só depois de recebida a citada peça** – e, analisada se não estariam presentes as hipóteses da absolvição sumária – **é que deveria ter sido oferecida a proposta de suspensão condicional do processo. E NÃO ANTES DO RECEBIMENTO da Denúncia.**

E ante já haver manifestação do Paquet – em contrarrazões – **afirmando pelo não oferecimento da Suspensão Condicional do Processo, aplicar, por analogia, o art. 28 do Código de Processo Penal.**

Entendimento esposado na Súmula de nº 696 do Superior Tribunal de Justiça:

⁴ “Conceito de Conduta Social: é o papel do Réu na comunidade, inserido no contexto da família, do trabalho, da escola, da vizinhança etc. “ (Guilherme de Souza Nucci, in Código Penal Comentado, RT, 13ª ed. p.431).

⁵ HABEAS CORPUS. RECEPÇÃO. PENA- BASE. CONDUTA SOCIAL.VALORAÇÃO NEGATIVA. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO POR FATO POSTERIOR AO ILÍCITO PRATICADO. IMPOSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. INVIABILIDADE. PARECER ACOLHIDO. 1. No cálculo da pena-base, é impossível a consideração de condenação transitada em julgado correspondente a FATO POSTERIOR ao narrado na denúncia, seja para valorar negativamente os maus antecedentes, a personalidade ou a conduta social do agente. Precedentes. 2. Desatendidos os requisitos subjetivos, inadequada a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. 3. Ordem concedida em parte, apenas para reduzir a pena do paciente. STJ - HABEAS CORPUS HC 168621 SP 2010/0063980-6.

“Reunidos os pressupostos legais permissivos da suspensão condicional do processo, mas, **se recusando o Promotor de Justiça a propô-la, o Juiz, dissentindo, remeterá a questão ao Procurador-Geral, aplicando-se por analogia o art. 28 do Código de Processo Penal**”

Exatamente o que se verifica **in casu**.

3. REGISTRO que **se devem preservar os depoimentos colhidos e o interrogatório realizado**, à míngua de relação entre a nulidade reconhecida e a instrução do processo, sendo certo não se verificar nenhum prejuízo ao Réu, **mesmo porque entendo que a suspensão condicional do processo pode ser concedida até a prolação da sentença**.

Voto por ANULAR apenas a r. sentença para que se oportunize a aplicação do art. 28 do Código de Processo Penal.

Repito. Impera a preservação dos demais atos, caso o Réu venha a descumprir os termos da suspensão, para que não seja necessário se renovar toda a instrução criminal, **atento aos Princípios de Celeridade, Concentração e Instrumentalidade** que regem os Juizados Especiais Criminais.

CONCLUSÃO

4. **Voto**, portanto, no sentido de conhecer do recurso, e, no mérito, **dar provimento para ANULAR O PROCESSO, A PARTIR DA SENTENÇA, face o não oferecimento da Suspensão Condicional do Processo – PRESERVADA A DECISÃO DE RECEBIMENTO DA DENÚNCIA E A INSTRUÇÃO CRIMINAL – e remeter, os autos, por analogia ao art. 28 do Código de Processo Penal, ao Procurador-Geral de Justiça.**

Rio de Janeiro, 29 de agosto de 2.014.

CLÁUDIA MÁRCIA GONÇALVES VIDAL
JUÍZA DE DIREITO